

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIATENAS

RUI BARBOSA DIAS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: das dificuldades da sua
implantação e da constitucionalidade

Paracatu/MG

2020

RUI BARBOSA DIAS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: das dificuldades de sua
implantação e da constitucionalidade

Monografia apresentado ao Curso de
Direito do Centro Universitário UniAtenas,
como requisito parcial para aprovação na
disciplina de Trabalho de Conclusão de
Curso (TCC II).

Orientador: Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa

RUI BARBOSA DIAS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: das dificuldades de sua
implantação e da constitucionalidade

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro Universitário UniAtenas,
como requisito parcial para obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa

Banca examinadora:

Paracatu-MG, ____ de _____ de 2020.

Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa
Centro Universitário UniAtenas

Prof. Msc. XXX
Centro Universitário UniAtenas

Prof. Esp. XXX
Centro Universitário UniAtenas

EPÍGRAFE

*“O fim do Direito não é abolir nem restringir,
mas preservar e ampliar a liberdade.”*

(Jonh Locke)

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 INCLUSÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 11 |
| 2.1 Conceito da Audiência de Custódia ou de Apresentação | 11 |
| 2.2 Previsão legal..... | 11 |
| 2.3 O Conselho Nacional de Justiça e a Resolução 213/2015..... | 12 |
| 2.4 Projeto de Lei 554/2011 | 13 |
| 2.5 Estruturação da Audiência | 14 |
| 2.6 Regulamentação da audiência de custódias para os Tribunais de Minas Gerais | 15 |
| 3 AS MODALIDADES DE PRISÕES E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO..... | 17 |
| 3.1 Conceito de Prisão | 17 |
| 3.2 Da Prisão Cautelar | 17 |
| 3.3 Da Prisão em Flagrante | 18 |
| 3.4 Da Prisão Preventiva..... | 19 |
| 3.5 Requisitos e Hipóteses de Admissibilidade da Prisão Preventiva | 20 |
| 3.6 Das Medidas Cautelares diversas da prisão | 22 |
| 3.7 Prisão domiciliar como medida cautelar diversa da prisão..... | 25 |
| 4 UMA VISÃO CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA | 27 |
| 4.1 Situação Carcerária Brasileira e Uso Excessivo da Prisão Provisória | 27 |
| 4.2 A audiência de custódia no direito comparado | 28 |
| 4.3 Incoerências da Audiência de Custódia | 30 |
| 4.3.1 Incompatibilidade entre a Audiência de Custódia e a aplicação dos tratados internacionais (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica) | 30 |
| 4.3.2 Incoerências da própria Resolução 213/2015 do CNJ..... | 31 |
| 4.3.2.1 Art. 1º, §3º | 31 |
| 4.3.2.2 Art. 1º, §4º | 31 |
| 4.3.2.3 Art. 4º, parágrafo único | 32 |
| 4.3.2.4 Art. 5º | 33 |
| 4.4 Dos instrumentos já existentes no Sistema Processual Penal..... | 33 |

| | |
|--|----|
| 4.5 Habeas Corpus e relaxamento da prisão ilegal..... | 34 |
| 4.6 A lógica econômica da Audiência de Custódia | 35 |
| 4.7 Autoridade Policial e o peso do Auto de Prisão | 37 |
| 4.8 A Estrutura do Poder Judiciário nas Comarcas do Interior | 38 |
| 4.9 Vantagens e Desvantagens da Audiência de Custódia | 40 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 43 |
| 6 REFERÊNCIAS | 46 |

RESUMO

Em cumprimento à determinação do Conselho Nacional de Justiça presente na Resolução 213 de 2015, a Audiência de Custódia está sendo implantada gradativamente nas cidades do país. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a referida audiência diante da atual condição do Poder Judiciário para realizá-la dentro dos parâmetros legais. O Instituto tem por finalidade garantir ao preso em flagrante delito o contato pessoal com a Autoridade Judicial para que esta possa detectar eventuais ilegalidades na prisão e decidir conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal. Pretende-se compreender a dinâmica procedimental, os prós e os contras da Audiência e a real necessidade da sua implantação. A pesquisa não visa esgotar o assunto, mas apresentar toda a estrutura e normatização da Audiência, além de alguns dos posicionamentos doutrinários acerca do tema.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Autoridade Judicial. Flagrante Delito. Prisão. Constitucionalidade.

ABSTRACT

In compliance with the determination of the National Council of Justice present in Resolution 213 of 2015, the Hearing of Custody is being implanted gradually in the cities of the country. In view of this, the present work has the objective of analyzing the hearing toward current condition of the Judiciary Power to realize it out within the legal parameters. The purpose of the Institute is to guarantee to the prisoner in flagrante delicto the personal contact with the Judicial Authority so that it can detect any illegalities in the prison and decide according to article 310 of the Code of Criminal Procedure. It is intended to understand the procedural dynamics, cut both ways Audience and the real need for its implementation. The research does not aim to exhaust the subject, but to present all the structure and standardization of the Audience, besides some of the doctrinal positions on the subject.

Keywords: Custody Hearing. Judicial Authority. Flagrant Crime. Prison. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a Audiência de Custódia no processo penal brasileiro, assunto bastante polêmico no cenário jurídico, principalmente no que diz respeito a sua constitucionalidade, à estrutura do poder judiciário e a possibilidade da realização desta audiência em todas as prisões em flagrante.

A República Federativa do Brasil é signatária do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, ambos ratificados pelo Brasil em 1992. No referidos Pactos, há previsão de que em casos de prisão em flagrante, o preso deverá ser apresentado sem demora à Autoridade Judicial. Tal procedimento vem, gradativamente, sendo implantado no processo penal brasileiro e é chamado de Audiência de Custódia ou de Apresentação, que tem como objetivo evitar a prisão eivada de ilegalidades, visando à diminuição das prisões provisórias e, conseqüentemente, a quantidade de presos nos estabelecimentos prisionais.

Para o cumprimento do que dispõe os referidos Pactos sobre a Audiência de Custódia, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 15 de dezembro de 2015 editou a Resolução 213, determinando que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada até o limite de 24 horas da efetivação do flagrante ao juiz competente, oportunidade em que será ouvida sobre como se deu a sua prisão.

O que pesa em face da Audiência de Custódia e que leva doutrinadores a criticá-la é sua constitucionalidade e a capacidade do Poder Judiciário realizar a Audiência em todas as prisões em flagrante e, principalmente, no prazo de 24 horas. É sabido que o índice de criminalidade é altíssimo em quase todas as cidades do país e, conseqüentemente, o número de prisões em flagrante também é alto.

Por óbvio, em razão das diversas atribuições dos juízes de Direito, o sistema enfrenta uma árdua batalha para a concretização da Audiência. Afinal, caso ela não seja realizada em tempo hábil, haverá uma nova hipótese de prisão ilegal com cabimento de relaxamento de prisão, o que aumenta ainda mais a sensação de impunidade. De acordo com Lima (2015, p. 930) “[...] resta saber quais serão as conseqüências decorrentes da não realização da Audiência de Custódia em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante.”

Nesta ideologia, a possível solução para a problematização da Audiência seria legitimar a Autoridade Policial a realizá-la em determinados casos ou até mesmo não realizá-la nos casos em que na oitiva policial o preso relata que não sofreu nenhum tipo de violência durante a prisão. Afinal, a simples remessa do APFD ao juiz, o capacitaria a adotar as medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Lakatos e Marconi (2010, p. 117) ressaltam o conceito de metodologia como: “o conjunto de métodos ou caminhos que são percorridos na busca do conhecimento”.

Trata-se de uma pesquisa com caráter de exploração, na qual se estima compreender a Audiência de Custódia no Processo Penal brasileiro. Os instrumentos utilizados serão a observação e análise de casos concretos com o intuito de demonstrar as vantagens e as desvantagens do instituto. Os dados coletados serão predominantemente descritivos com fundamentos em doutrinas e artigos científicos. Será utilizado também o método dedutivo tendo como objetivo explicar as premissas e retirar delas uma nova ideia de maneira conclusiva acerca do tema. (LAKATOS, MARCONI, 2010).

2 INCLUSÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Conceito da Audiência de Custódia ou de Apresentação

A palavra custódia possui significado de tutela, guarda ou proteção. Conforme Buarque (2010) é o lugar onde se conserva alguém detido. É, portanto, o estado em que algo se encontra sob proteção de outra pessoa ou instituição. Assim, a Audiência de Custódia é traduzida como uma sessão judicial destinada à oitiva do preso em flagrante. Este instituto traz o comando de que, ao ser preso em flagrante delito, o cidadão infrator deve ser apresentado à presença de um juiz para que, nesta ocasião, averigue-se a legalidade da prisão quanto à ocorrência ou não de tortura e a necessidade da manutenção do cárcere. De acordo com Lima (2015) a Audiência de Custódia ou de Apresentação é conceituada como uma audiência que permitirá o contato pessoal do preso com o juiz, com o defensor público, dativo ou constituído e com o Ministério Público.

2.2 Previsão legal

Antes da promulgação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, audiência de custódia não está prevista em leis nacionais, mas sim no Pacto de São José da Costa Rica, o qual em seu art. 7º, item 5, prevê que todo indivíduo preso em flagrante deverá ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. A expressão “sem demora” se resume à apresentação do flagranteado em até 24h (vinte e quatro horas) da efetivação do flagrante (BRASIL, 1992). Conclusão extraída da resolução 213/2015 do CNJ, que regulamenta os procedimentos da respectiva audiência, resolução que será detalhada mais à frente.

Ainda quanto à previsão normativa internacional, constata-se que a Audiência de Custódia também está tipificada no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos das Nações Unidas (1992), o qual em seu art. 9º, item 3, prevê que qualquer pessoa presa em virtude de infração penal deverá ser conduzida à presença do magistrado ou de outra autoridade competente e terá assegurado o direito de ser

julgada em prazo razoável ou de ser colocada em liberdade. Dispõe o referido Pacto que a prisão preventiva de pessoas que aguardam o julgamento não deverá ser a regra. Todavia, a soltura poderá ser condicionada às garantias que assegurem o comparecimento do conduzido a todos os atos do processo.

Em face da importância da matéria, os Tratados foram incorporados ao sistema jurídico brasileiro através dos decretos nº 592 e 678 de 1992. Tais normas possuem status normativo supralegal, assim considerado pelo STF na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5240, que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à Audiência de Custódia, com entendimento de que não há ofensa à reserva legal ou norma constitucional. Extrai-se da referida ADI que os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, pois há legislação federal legitimando a audiência.

Além de estar prevista nos Tratados acima descritos, a Audiência de Apresentação possui regulamentação na Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, criada justamente para dar efetividade aos Tratados e ser o ponto de partida para a prática da audiência em todo o país.

2.3 O Conselho Nacional de Justiça e a Resolução 213/2015

Para a criação da Resolução 213, o Conselho Nacional de Justiça levou em consideração a previsão da audiência nos Tratados Internacionais, bem como o que versa o artigo 5º LXV e LXVI da Constituição Federal (1988) sobre a prisão ser a última medida a ser adotada no Processo Penal, utilizada somente em casos extremos onde não seja possível outra medida cautelar diversa da prisão.

Considerou, também, a responsabilidade do Estado para com aqueles que estão sob sua custódia, a fim de combater a tortura nas prisões, assegurando a integridade física e psicológica do preso em flagrante. Assim, a partir dessas premissas, trouxe o texto legal determinando que toda pessoa presa em flagrante, independente da motivação ou natureza, seja encaminhada ao juiz em até vinte e quatro horas.

Nos artigos 8º e 9º da Resolução estão os procedimentos que devem ser seguidos pelo magistrado para efetivação dos atos da audiência. De acordo com a resolução, na audiência, a autoridade judicial entrevistará o indivíduo preso em

flagrante, posteriormente autorizará que o Ministério Público faça perguntas compatíveis com a natureza do ato e, em seguida, será a vez de a defesa técnica iniciar o questionamento. Importante salientar que tais perguntas não estarão relacionadas ao mérito dos fatos, mas sim à legalidade da prisão.

Conforme o conteúdo da Resolução, os supramencionados procedimentos objetivam coibir a tortura, evitar o uso excessivo da prisão provisória - antes da sentença penal condenatória transitada em julgado - e ouvir o flagranteado proporcionando que esclareça os fatos, frente à autoridade judicial. (LIMA, 2015).

Para Oliveira (2014) o retardo ora mencionado está ligado ao fator econômico, posto que o deslocamento da pessoa presa até o local da audiência de custódia e desse, eventualmente, para o presídio, é de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, ocasionando assim excessivos gastos ao erário. Por outro lado, outra possível resposta para a demora em se criar a Resolução é o atual acúmulo de presos nos estabelecimentos prisionais, surgindo a necessidade de se criar um meio para diminuir a população carcerária, criando-se, inclusive, a hipótese de ser essa a real finalidade da audiência de custódia.

2.4 Projeto de Lei 554/2011

Buscando dar efetiva eficácia à audiência de custódia ou de apresentação prevista nos Tratados Internacionais acima descritos, além da Resolução 213 do CNJ de 2015, o Senador Antônio Carlos Valadares já havia iniciado em 2011 o PLS nº 554, objetivando modificar o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, estipulando prazo de 24h para apresentação do preso em flagrante ao juiz, tendo como espelho o prazo já determinado em lei para o encaminhamento do APFD ao juiz.

Para elucidar apresentamos o mencionado parágrafo:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (BRASIL, 2011).

O principal argumento dos defensores da reforma do art. 306 do CPP acima transcrita é o de que uma vez autuado em flagrante delito, o flagranteado é encaminhado para a delegacia de polícia. Em seguida, acontece a remessa do APFD – Auto de Prisão em Flagrante Delito - à Autoridade Judicial, ficando o Magistrado restrito ao provimento do Delegado e ao parecer do Ministério Público, que quase sempre são favoráveis à conversão da prisão em flagrante em preventiva, ocasionando uma verdadeira inversão de valores, uma vez que a prisão preventiva é exceção e não regra.

A justificativa do PLS 554 para o advento da audiência, além dos Tratados Internacionais, é o artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que a prisão de qualquer indivíduo deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e à família dele ou alguma pessoa por ele indicada. Tal procedimento também está previsto no artigo 306 do Código de Processo Penal (1941), o qual dispõe, ainda, que em até 24 horas após a realização da prisão, o APFD flagrante delito deverá ser encaminhado ao juiz competente e ao defensor público, se for o caso, devendo também ser entregue ao preso a nota de culpa, mediante recibo. Tal redação legal serviu como parâmetro para que o PLS 554 também estipulasse o mesmo prazo para a apresentação do preso, na audiência de custódia.

Conforme demonstrado, apesar do instituto da Audiência de Custódia estar previsto nos referidos Tratados, dos quais o Brasil é signatário, e ainda em que pese seu caráter supralegal, a mesma não era regulamentada na legislação brasileira, tratando-se de discussão recente no meio jurídico, uma vez que o PLS 554 foi aprovado apenas no Senado e remetido à Câmara dos Deputados para análise. Em razão deste fato, o CNJ através da resolução nº 213/2015 apresentou aos operadores do direito, Tribunais de Justiça e Autoridades Policiais os procedimentos da audiência de custódia ou apresentação, ora analisados.

2.5 Estruturação da Audiência

Os atores que compõem o procedimento da audiência de custódia são os mesmos que se apresentam na formalização do APFD (procedimento previsto do Art. 301 ao Art. 310 do Código de Processo Penal): o Delegado, o Juiz, o Ministério Público e o defensor do flagranteado. (LIMA, 2015).

Assim, após a realização dos procedimentos mencionados, na audiência o Magistrado irá decidir de forma fundamentada se relaxa a prisão do flagranteado ante a constatação de alguma ilegalidade na formalização do APFD; se concede a liberdade provisória sem ou com aplicação de fiança; se decreta a prisão preventiva se presentes os requisitos legais do Art. 312 do CPP ou se aplica medidas cautelares diversas da prisão previstas no Art. 319 do CPP.

Ainda no tocante à finalidade da audiência de custódia, importante raciocínio exposto por Lima (2015, p. 930), que afirma: “por fim, resta saber quais serão as consequências decorrentes da não realização da audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante.” Acerca disso, é sedimentado na jurisprudência nacional que a contagem dos prazos para a formação da culpa (instrução processual) é global, ou seja, não individualizada. Assim, os Tribunais utilizam a tese de que eventual excesso na apresentação do flagranteado em juízo poderá ser amenizado durante a instrução da Ação Penal, transformando-se o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, em mais um prazo impróprio, previsto no CPP.

No caso, é nítido aos operadores do Direito, por exemplo, Oliveira (2014), que o cenário jurídico nacional, diante da carência de juízes, membros do Ministério Público e de Defensores Públicos, a realização da respectiva audiência será inviabilizada, o que acarretará no descumprimento do prazo e após, evidentemente, na ilegalidade da prisão em flagrante.

Importante registrar que, em que pese haver a Resolução do CNJ, o TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais, objetivando regular o tema no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado de Minas Gerais, editou a Resolução nº 796/2015, que, seguindo as determinações da Resolução do CNJ, fixou os parâmetros a serem seguidos na audiência de custódia.

2.6 Regulamentação da audiência de custódias para os Tribunais de Minas Gerais

Considerando a previsão normativa da audiência de custódia nos Tratados internacionais, no projeto de Lei nº 554 de 2011 e a Resolução 213 do CNJ, bem como a gravidade da pena de prisão e a função do Poder Judiciário para aplicação dela, a Resolução nº 796/2015 regulamenta a audiência de custódia, na esfera da justiça comum de 1ª instância no Estado de Minas Gerais (BRASIL, 2015).

A portaria conjunta do Poder Judiciário de Minas Gerais n° 01/PR/2015 regulamenta a realização da audiência na cidade de Belo Horizonte. Já a n° 02/PR/2016, nas cidades de Governador Valadares, Contagem, Ribeirão das Neves, Uberlândia e Uberaba.

Diante de uma análise das portarias, é possível perceber que se trata do fiel cumprimento da Resolução do CNJ. Em ambas, o prazo estipulado para apresentação do preso é de 24 horas, mas não há nenhuma regulamentação que impeça o juiz de examinar, antes da audiência, o APFD e, verificando irregularidades, de expedir o alvará de soltura, nos casos de relaxamento (prisão ilegal) ou concessão de liberdade provisória.

É lícito ao magistrado competente promover o exame do auto de prisão em flagrante delito, antes da instalação da audiência de custódia, expedindo desde logo eventual alvará de soltura no caso de relaxamento da prisão ou de concessão de liberdade provisória, com ou sem cláusula, ficando, nestas hipóteses, prejudicada a realização da audiência (PODER JUDICIÁRIO DE MINAS GERAIS, 2015).

Nota-se que a remessa do APFD ao juiz é sim eficaz e tem papel fundamental para o cumprimento do artigo 310 do CPP pelo magistrado, inclusive, em alguns casos, chega-se a dispensar a realização da audiência. Em face dessa possibilidade, no terceiro capítulo, serão tratados pontos que levam a reflexão da não efetividade da audiência em determinadas situações, por razões de celeridade perante o grande número de prisões em flagrante e a desestrutura dos tribunais, principalmente nas cidades do interior.

3 AS MODALIDADES DE PRISÕES E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

3.1 Conceito de Prisão

Considerando a matéria deste trabalho, importante compreender o instituto da prisão como sendo a restrição da liberdade de locomoção do agente, ante o encaminhamento do flagranteado/investigado à cadeia, seja por flagrante delito ou em virtude de decisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (OLIVEIRA, 2014).

Do latim, prisão vem do termo “*prehensione*”, que por sua vez é oriundo de “*prehensione*”, e significa prender. Em termos simples, é a pena mais grave do Direito Penal, ela restringe um dos mais importantes direitos fundamentais: a liberdade. Está dividida na legislação brasileira como detenção, reclusão e prisão simples.

Extraí-se da legislação brasileira que no ordenamento jurídico existem algumas espécies de prisão: a extrapenal, que se divide em civil e prisão militar; a penal, decorrente de sentença condenatória transitada em julgado e a prisão cautelar, dividida em prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária (LIMA, 2015).

Conforme Moraes (2017) a prisão pena somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença condenatória na qual tenha sido aplicada uma pena privativa de liberdade ou até mesmo restritiva de direitos. Nos casos em que o réu se encontrava preso durante o processo (prisão cautelar) haverá a detração penal, ou seja, o abatimento do tempo de prisão processual cumprido.

3.2 Da Prisão Cautelar

Inicialmente, é importante ressaltar a inversão de valores que atualmente ocorre no Poder Judiciário, sendo a prisão cautelar confundida com a pena definitiva, ou seja, após a sentença condenatória transitada em julgado, o que acaba por desvirtuar a função primordial da prisão cautelar, que é a de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal (OLIVEIRA, 2014).

A Prisão Cautelar é aquela decretada antes da sentença penal irrecorrível e visa garantir o andamento do processo para que se chegue até a condenação. Para

muitos, em virtude do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, a pena privativa de liberdade deveria ocorrer apenas com o trânsito em julgado da sentença.

Para evitar tal falha, surgiu a Lei 12.403/2011 e o tema prisão cautelar foi alterado, surgindo para o magistrado medidas cautelares alternativas à prisão provisória, medidas que visam evitar a prisão do conduzido antes do seu julgamento e ao mesmo tempo, evitar que ele fuja antes de ser julgado.

Trata-se de uma medida excepcional, portanto não deve ser banalizada e usada como cumprimento antecipado da pena. Tem mera função cautelar. Também não pode ser decretada como resposta à sociedade perante o crime cometido. Todavia, infelizmente, não é isso o que se percebe no dia a dia forense. As prisões cautelares acabaram sendo utilizadas para ludibriar a população, com o intuito de fortalecer a imagem do Judiciário e da eficiência do poder de punição do Estado (FONSECA; RODRIGO, 2016).

A Prisão Cautelar é dividida em três modalidades: prisão em flagrante (alvo deste estudo); prisão preventiva e prisão temporária. Tais modalidades serão tratadas a seguir.

3.3 Da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é aquela decorrente da captura do infrator no momento da consumação do delito ou logo após a consumação, quando perseguido e capturado, ou quando encontrado com materiais que façam presumir ser o autor do delito. Para tanto não há necessidade de autorização judicial ante a urgência do ato e a certeza da prática do delito. Qualquer cidadão pode efetuar a prisão.

Para Lima (2015, p. 895) “flagrante é adjetivo do delito, é uma infração evidente, manifesta, que está acontecendo no exato momento”. É, portanto, uma medida em favor da sociedade, a fim de evitar a prática de crimes e punir aqueles que ousam cometê-los.

A Prisão em Flagrante possui as funções de evitar a fuga do infrator, auxiliar na consignação sumária de elementos de informação aptos a fundamentar a *opinio delicti* do Ministério Público, evitar a consumação do delito e resguardar a integridade do preso ante a comoção que alguns tipos penais provocam na população, por exemplo, estupro de vulnerável (LIMA, 2015).

As situações que permitem a efetivação da Prisão em Flagrante estão previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 302 do Código de Processo Penal e trata-se de um rol taxativo. Com fulcro no referido artigo, nota-se que a referida prisão se divide nas seguintes espécies: o flagrante próprio, impróprio e o presumido. Abaixo as definições com base no Código de Processo penal (1941):

Flagrante próprio: É de fato a constatação da situação de flagrância, não existem dúvidas da existência da autoria e materialidade delitiva. É a prisão no momento da ação criminosa ou imediatamente após cometê-la sem que tenha empreendido fuga.

Flagrante impróprio: Trata-se da oportunidade em que o cidadão infrator é perseguido, logo após a prática delitiva, pela autoridade (civil ou militar), pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

Flagrante presumido: Nesta espécie, o cidadão infrator é capturado logo depois de cometer a infração com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Por fim, a Prisão em Flagrante está regulamentada no artigo 302 do Código de Processo Penal. Com base no mencionado código (1941) estará em flagrante aquele que está cometendo o delito, acaba de cometê-lo, é perseguido logo após cometer ou é encontrado, logo depois, com instrumentos que façam presumir ser o autor do delito. É um rol taxativo, portanto, a prisão em flagrante que não esteja consoante ao disposto neste artigo, será considerada ilegal.

3.4 Da Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar, que visa garantir o andamento processual para que diante de uma eventual condenação, haja possibilidade do réu cumprir a pena que a ele será imposta. É uma modalidade de prisão “decretada pela Autoridade Judicial competente, mediante representação da Autoridade Policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente” (LIMA, 2015, p. 930).

No sistema jurídico brasileiro, o cárcere antes da sentença condenatória irrecorrível, não é regra. Não havendo motivos legais para conversão da prisão em flagrante em preventiva, o acusado será posto em liberdade.

De acordo com o Código de Processo Penal (1941), desde que haja provas suficientes de que o crime existiu e indícios de autoria, a prisão preventiva poderá ser imposta para a garantia da convivência social ordenada e da ordem econômica, por conveniência da fase instrutória ou para resguardar a aplicação da lei penal, em regra nos crimes dolosos com pena superior a quatro anos, com exceção nos casos de reincidência em crimes dolosos, ocasião em que poderá ser decretada a Prisão Preventiva nos crimes com pena máxima inferior a quatro anos.

Ademais, a referida prisão também poderá ser utilizada em decorrência do não cumprimento de qualquer outra medida cautelar anteriormente imposta ao Indiciado, justificada pela ideia de que a medida menos grave não foi eficaz, sendo necessário e conveniente o recolhimento à prisão.

Quanto ao momento da decretação, a Autoridade Judicial poderá decretar a Prisão Preventiva a qualquer momento da fase investigatória ou processual, de modo autônomo e independente (OLIVEIRA, 2014).

Na fase investigatória, por prazo determinado, e para resguardar a construção do inquérito policial, existe uma modalidade de prisão chamada de Temporária. Contudo, naqueles crimes em que não seja possível a imposição da Prisão Temporária, será admitida a Prisão Preventiva, na fase que antecede o processo. A título de exemplo, tem-se o crime de “estelionato em continuidade delitiva, praticado contra inúmeras vítimas por agente que demonstre a intenção de se evadir do distrito da culpa” (LIMA, 2017, p.958).

3.5 Requisitos e Hipóteses de Admissibilidade da Prisão Preventiva

De acordo com o Código de Processo Penal (1941) são dois os requisitos para a decretação da Preventiva e estão dispostos no final do artigo 312: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, requisitos que ensejam o *Fumus Comissi delicti* que deverá estar acompanhado do *Periculum Libertatis*.

O *Fumus Comissi Delicti* diz respeito a probabilidade do cometimento da infração e dos indícios da autoria. A conduta praticada pelo agente deverá ser um crime (fato típico, antijurídico e culpável).

Para a decretação da Prisão Preventiva, o requisito do *Fumus Comissi Delicti* deve estar sempre acompanhado do *Periculum Libertatis*, que é o perigo que o infrator, caso esteja em liberdade, oferece à sociedade. É a possibilidade do infrator transgredir a Ordem Pública, econômica e o andamento processual (NUCCI, 2016).

De acordo com o CPP (1941) a Prisão Preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica e para garantia da aplicação da lei:

Garantia da ordem pública: A ordem pública pode ser traduzida como a paz e a tranquilidade que devem estar presentes em qualquer sociedade.

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, 2016, p 523).

É, portanto, uma hipótese subjetiva e dependerá do entendimento da Autoridade Judicial, pois, o conceito de perigo é bastante relativo.

Garantia da ordem econômica: O conceito desse pressuposto para decretação da prisão preventiva é semelhante ao de garantia da ordem pública, porém, direcionado para o exercício das atividades econômicas. Visa à proteção dessas atividades.

Garantia de aplicação da lei penal: Esse pressuposto refere-se à possibilidade do acusado fugir. Importante colocação de Lima (2015) ao afirmar que a fuga não pode ser presumida apenas pela condição financeira do acusado. Deve haver um risco real de fuga, que poderá comprometer a aplicação da lei, o que aumentaria ainda mais a sensação de impunidade e ineficiência das leis.

Conveniência da instrução criminal: De acordo com Rangel (2014, p.808) “a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária, pois, estamos diante dos princípios da verdade processual, do contraditório e do devido processo legal.” Desta forma, esta hipótese está pautada nas ações do Acusado que visam atrapalhar a colheita de provas, sejam elas testemunhais ou técnicas. A finalidade da medida é

evitar a intimidação de testemunhas ou peritos e a alteração das demais provas, principalmente documentais.

Ainda sobre os pressupostos da Prisão Preventiva, observa-se que o artigo 313 do Código de Processo Penal (1941), em complementação aos requisitos anteriores, versa que será admitida a Preventiva nos crimes dolosos com pena de restrição da liberdade, cujo tempo máximo seja superior a quatro anos. Do contrário, será possível apenas quando o acusado tenha sido condenado por outro crime doloso, em sentença condenatória irrecorrível.

Também será admitida se o crime for proveniente de violência doméstica e familiar contra mulher, idoso, adolescente, criança, enfermo ou pessoa com deficiência, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência.

Registra-se, também, que o parágrafo único do art. 313 do CPP (1941) regula que poderá ser admitida a Prisão Preventiva quando a identidade civil do Indiciado for duvidosa ou quando os elementos necessários para esclarecê-la não forem fornecidos. Após a devida identificação, o Indiciado obrigatoriamente deverá ser colocado em liberdade, desde que o único motivo da sua prisão seja a dúvida quanto à sua identificação.

Por mais que restem preenchidos os pressupostos legais supramencionados para a decretação da prisão preventiva, o Magistrado no momento de decretá-la deverá observar o disposto no art. 5º, inciso LXI e no art. 93, inciso IX da Constituição Federal (1988), ou seja, “todo e qualquer decreto prisional seja devidamente fundamentado” (LIMA, 2015, p. 967).

3.6 Das Medidas Cautelares diversas da prisão

A Lei 12.403/11 “ampliou de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz escolha da providência mais ajustada ao caso concreto” (LIMA, 2015, p. 1002).

Diante da desmedida imposição da prisão como medida cautelar, surgiu no ordenamento jurídico outras medidas além da prisão, medidas menos graves, mas com o mesmo efeito de garantir o andamento processual até uma eventual condenação e prisão definitiva.

De acordo com o Código de Processo Penal (1941), não estando presentes os requisitos para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, a liberdade do Indiciado será o justo. O juiz irá conceder Liberdade Provisória com ou sem fiança. Todavia, visando assegurar a efetividade do processo com a devida participação do réu, é nesse momento que as medidas cautelares diversas da prisão entram em cena.

Tais medidas estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (1941), conforme delineadas a seguir:

Comparecimento periódico em juízo de acordo com o prazo e as condições estipuladas pelo juiz para informar e justificar atividades (art. 319, I do CPP). Tal medida tem como finalidade garantir que o Indiciado continue à disposição da justiça. Averiguar se o Indiciado não fugiu, nem planeja fugir e abandonar o processo. É a cientificação do juiz quanto ao paradeiro do acusado (LIMA, 2015).

A medida cautelar supramencionada é diferente da prevista no art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, uma vez que pode ser determinada isolada ou cumulativa com outra medida. Já a medida do 310, “funciona como medida de contracautela de substituição da prisão em flagrante” (LIMA, 2015, p. 1004).

Conforme previsto no art. 319, inciso II do CPP, pode o juiz determinar a proibição de acesso ou permanência em determinados lugares quando, por circunstâncias que possuam relação com o fato, o Indiciado tenha que manter distância desses locais para evitar o risco de nova prática criminosa.

Nesse sentido, “a ideia central da proibição não é só impedir que o acusado volte a frequentar o lugar onde praticou a infração, mas, sim, todo e qualquer ambiente que tenha relação com o fato.” (RANGEL, 2014, p. 912), bem como, evitar a exasperação de ânimos entre o acusado e outras pessoas envolvidas que estão nos locais proibidos.

O art. 319, inciso III do CPP, aborda a proibição do Indiciado de manter qualquer espécie de contato com uma das partes do processo, a vítima principalmente, por circunstâncias que de alguma forma se relacionam ao fato. Deverá o acusado se afastar e permanecer distante. A finalidade desta medida é evitar contatos com as partes do processo e, conseqüentemente, a possibilidade de uma nova lide entre elas (LIMA, 2015).

Proibição de se ausentar da comarca, quando sua permanência for conveniente ou necessária o andamento da fase instrutória (art. 319, inciso IV do CPP).

Tal medida cautelar ainda pode ser estendida para a proibição de saída do País, conforme previsto no art. 320 do CPP (retenção do passaporte).

Em síntese, tal medida visa proteger a investigação criminal e garantir a instrução para fomentar os fundamentos da sentença e dar condições ao juiz de julgar.

O art. 319, inciso V do CPP, trata-se da determinação de recolhimento ao domicílio, em período noturno e nos dias de folga, quando o acusado possua trabalho e residência fixos.

Tal medida cautelar “baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do Indiciado, que, de modo a não perder seu emprego e poder manter sua rotina de vida praticamente inalterada [...]” (LIMA, 2015, p. 1009). No que tange ao período noturno, não existe na lei uma hora exata, portanto, a autoridade judicial deverá ditar a que horas o acusado tem obrigação de se recolher.

Segundo o inciso VI do art. 319, do CPP, é permitida ainda a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando existir suspeita fundamentada de que o agente se utilize das prerrogativas para a prática de delitos.

O que se pretende com a presente cautelar é evitar os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública.

Temos ainda, o inciso VII do art. 319, do CPP, que estipula a internação provisória do acusado nas situações de infrações cometidas com emprego de violência ou grave ameaça, quando os peritos obtiverem conclusões de que o acusado é inimputável e houver risco de nova prática delituosa. A ideia é afastar o acusado inimputável do seio social para que ele não cometa outros crimes.

O art. 319, inciso VIII do CPP, traz a estipulação de fiança, naquelas infrações em que é cabível a fiança, para garantir que o acusado compareça aos atos processuais. Afinal, a oportunidade de reaver o dinheiro da fiança será apenas com o resultado do processo.

Nesse sentido, trata-se de medida cautelar “de cunho patrimonial, na qual se exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, título da dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição (art. 330, CPP)” (OLIVEIRA, 2014, p. 515).

Por fim, o inciso IX do art. 319, CPP, prevê a medida cautelar de monitoração eletrônica, conforme considera Lima (2015), consiste na utilização de um aparelho que será fixado ao corpo do acusado para monitorar a sua localização geográfica e ter controle dos atos dele fora da prisão.

Infelizmente, é outra medida que tem se mostrado ineficaz, com um alto índice de descumprimento, visto que a tornozeleira não é inviolável. Para Nucci (2016, p. 410) “deve-se estabelecer, paralelamente, à monitoração eletrônica o recolhimento domiciliar, a proibição de acesso ou frequência a certos lugares ou medida similar”. Para o referido autor, sozinha a monitoração não serve para nada.

3.7 Prisão domiciliar como medida cautelar diversa da prisão

Expressa nos artigos 317 e 318 do Código de Processo penal (1941), a prisão domiciliar funciona como substituição da prisão preventiva, com o fim de tornar menos severa e humanizar a pena. Assim, em vez de ser recolhido ao cárcere, o Indiciado terá a obrigação de permanecer em casa.

Os requisitos para a prisão domiciliar são: a idade avançada, acima de oitenta anos, debilitação por doença grave, responsabilidade sobre menor de seis anos ou deficiente, gestação, mulher com filho criança e homem, caso seja o único responsável por filho criança. Apesar de não ser uma medida cautelar descrita no rol do artigo 319 do Código de Processo penal, a prisão domiciliar está prevista no título das cautelares. Isso porque possui caráter cautelar, embora seja considerada uma modalidade de prisão preventiva. Em outras palavras, estarão presentes os requisitos de admissibilidade da prisão preventiva, mas em virtude das condições especiais elencadas acima, terá a pena carcerária substituída pela domiciliar (LIMA, 2017).

Em contrapartida, considerando que o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal (1941) dita que a Prisão Preventiva só será imposta quando não for possível a aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão. Há entendimentos de que caso o magistrado vislumbre a eficácia da prisão domiciliar, como medida alternativa à prisão preventiva (e não substitutiva), em garantir a aplicação da lei penal, da instrução criminal e da segurança social, poderá sim utilizá-la como medida cautelar diferente da prisão.

É bem verdade que o art. 282, § 6º, do CPP, faz referência apenas às medidas cautelares do art. 319 do CPP. Porém, não se pode perder de vista que, por força do princípio da proporcionalidade, a medida extrema da prisão preventiva só deve ser utilizada pelo juiz quando não for possível o emprego de medida menos gravosa. De mais a mais, como será visto mais adiante, é plenamente possível a aplicação do poder geral de cautela no processo penal (LIMA, 2017, p.1028).

Destarte, verificando que a prisão domiciliar é adequada à situação concreta e terá a mesma eficácia da prisão preventiva, poderá optar por estipular uma pena menos gravosa, ou seja, utilizar a prisão domiciliar como medida cautelar diversa da prisão, não sendo necessárias as condições estabelecidas no artigo 318 do Código de Processo Penal. Por outro lado, verificando a ineficiência da prisão domiciliar, poderá o magistrado voltar atrás e decretar preventiva.

4 UMA VISÃO CRÍTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

4.1 Situação Carcerária Brasileira e Uso Excessivo da Prisão Provisória

Importante explanar sobre a atual situação carcerária brasileira para demonstrar que se for dada efetividade aos instrumentos já existentes no sistema processual, não haveria a necessidade da implantação da audiência de custódia.

Para melhor compreensão, é preciso definir o princípio da presunção de inocência. Afinal, é de conhecimento geral que até que se prove o contrário, todos são considerados inocentes e uma prisão provisória fere diretamente tal inocência.

Na Constituição de 1998, o princípio da presunção de inocência está previsto no inciso LVII do art. 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (VADE MECUM, 2016, p. 15).

Conforme assevera Lima (2015), o descrito princípio é, acima de tudo, um direito. Direito de não ser considerado culpado senão após sentença condenatória irrecorrível, sendo oferecida ao acusado a oportunidade de apresentar todos os meios de provas para comprovar a sua inocência e contradizer todas as alegações em seu desfavor.

Sobre a situação carcerária brasileira, o CNJ publicou alguns dados quando da edição da resolução 213/2015. De acordo com tais os dados, 41% da população carcerária do Brasil é composta por presos sem condenação, os quais injustificadamente aguardam o resultado do processo presos. Ademais, 37,2% dos casos em que réus estiveram presos provisoriamente, ao final do processo, não houve condenação.

A quantidade de presos provisórios é bastante significativa e merece atenção. A insuficiência da máquina judiciária não pode ser justificativa para restringir a liberdade de um ser humano. Nesta ideologia, surgiu em 2011 a Lei 12.403 (Lei das Cautelares) exatamente com o propósito de evitar a banalização da prisão, reduzindo a população carcerária e garantindo o Princípio da Presunção de Inocência.

Surgiu também em 2015, conforme dito no primeiro capítulo, a Audiência de Custódia regulamentada pela Resolução 213 do CNJ.

Conforme Nucci (2016) o verdadeiro objetivo da Audiência de Custódia é a redução da atual quantidade de presos nos estabelecimentos prisionais. Ocorre que

muitas são as dificuldades encontradas para a sua realização, a começar pelos fatores econômicos. Ademais, para alguns doutrinadores, é um procedimento inócuo, pois, a simples remessa do APFD ao juiz é suficiente para concessão da liberdade.

4.2 A audiência de custódia no direito comparado

Com o objetivo de expor uma visão geral da audiência de custódia no cenário internacional, merece ênfase o estudo realizado pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de São Paulo (2012) através da Defensoria de São Paulo, para subsidiar o PLS 554/2011. O referido estudo apresentou os prazos e os procedimentos da audiência de custódia em vários países, dentre eles: Reino Unido, França, Alemanha, Suécia e África do Sul.

No Reino Unido o que prevalece é o direito consuetudinário. A peça legislativa mais significativa da nação é o Ato de Direitos Humanos (ADH), o qual prevê que a Audiência de Custódia deverá ser realizada em um prazo razoável, não impondo limite máximo para a sua realização. Diferente do Brasil, No Reino Unido, após a prisão em flagrante, o prazo de 24 horas é para que se constituam provas suficientes para a acusação do flagranteado, de modo que não sendo constituídas as provas, o preso, em sede policial, será colocado em liberdade.

Para que o conduzido permaneça detido na delegacia, o policial precisa possuir motivos razoáveis que comprovem que a não detenção prejudicaria a proteção e a preservação das provas do delito. O prazo máximo dessa detenção é de 96 horas. Não cabendo fiança, os motivos para manutenção da prisão em flagrante se assemelham aos do Brasil: possibilidade de reincidência, proteção dos meios de provas, ordem econômica etc. (WEIS, 2015).

Na França, não há previsão de um limite de tempo para o preso ser apresentado à Autoridade Judicial. Apesar de a prisão ser indispensável na França, tanto a restrição de liberdade quanto qualquer outra pena deverá ocorrer apenas nas situações estritamente necessárias. O prazo francês para que a polícia mantenha um infrator detido é de 24 horas, podendo ser estendido para 72 horas em casos mais sérios e para 96 a 120 horas para casos com suspeita de terrorismo.

A lei alemã não previu um prazo de apresentação em horas, versa que o preso deverá ser conduzido à presença do juiz o mais tardar no dia seguinte a sua prisão, em todos os tipos de prisão. Na Alemanha, não é pacífico que a ultrapassagem

desse tempo seja motivo de relaxamento da prisão. A corrente doutrinária majoritária entende que sim, pois degradaria a ideia de prazo para a apresentação. Outros doutrinadores entendem que não. Defendem que caso o preso não seja apresentado em tempo hábil, deverá ser conduzido à instância superior.

Por fim, o modelo sueco da audiência de custódia estabelece que todo cidadão deve ser protegido em suas relações com as instituições públicas contra a privação da liberdade pessoal. O prazo máximo para a apresentação do preso ao juiz é de 72 horas.

Dentre os países analisados, é possível perceber que todos trabalham com o princípio da razoabilidade no que tange à apresentação do preso à autoridade judicial. Não há um prazo padrão. O prazo varia de acordo com a questão econômica e estrutural de cada país, sempre respeitando a dignidade do conduzido.

No Brasil, o prazo de 24 horas previsto no PLP 554/2011 e na Resolução 213 do CNJ poderá encontrar grandes dificuldades em virtude do elevado número de prisões em flagrante, da carência de recursos para condução do preso ao juiz e das inúmeras atribuições do juiz.

Em todos os países acima descritos, a audiência de custódia já existe. Cada nação com a sua peculiaridade, mas com o mesmo intuito: evitar a prisão ilegal. No nosso ordenamento, há também essa preocupação, mas vale ressaltar que já existem mecanismos para evitar a ilegalidade nas prisões, como o *Habeas Corpus*. Ao receber o auto de prisão em 24 horas da prisão, o magistrado analisará e decidirá sobre a legalidade da prisão. Neste ínterim, caso exista alguma ilegalidade nítida, poderá ser impetrado *Habeas Corpus* com pedido liminar, e no final das contas, será garantida a liberdade do conduzido sem necessidade da realização da audiência de custódia.

Não obstante, nos casos de tortura e maus tratos na prisão, os agentes que cometerem tais ilegalidades serão devidamente responsabilizados, desde que existam provas suficientes das acusações e após serem garantidos os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

4.3 Incoerências da Audiência de Custódia

4.3.1 – Incompatibilidade entre a Audiência de Custódia e a aplicação dos tratados internacionais (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica)

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica foram regulamentados pelos Decretos 592 e 678, ambos de 1992, respectivamente. O primeiro diz que: "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)" (art. 9.º, item 3). Já o Pacto diz o seguinte: "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...) (art. 7.º, item 5).

O CNJ deu à expressão "sem demora" o significado de 24 horas. É patente que o órgão teve por parâmetro dispositivos do Código de Processo Penal referentes à prisão em flagrante (art. 306, §§ 1.º e 2.º), que consignam esse mesmo prazo.

O Tratado de Roma foi muito mais específico, no Art. 5º, §3º, ao dispor o correspondente ao Art. 7ª, item 5, do Pacto de São José da Costa em estabelecer o seguinte: "Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)".

Enquanto o Pacto de São José da Costa fala em apresentação "sem demora" a uma autoridade judicial, a Convenção Europeia utilizou o vocábulo "imediatamente". Entretanto, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos interpreta o termo "imediatamente" como a dizer quatro dias. Percebe-se tal prazo em diversos julgados, como o caso Oral e Atabay v. Turquia (Quarta Seção, n. 39686/02, julg. 23.06.2009).

Curiosamente um continente cujas condições materiais são muito superiores às brasileiras e cuja convenção de Direitos Humanos possui texto tão mais rigoroso, decidiu interpretar o "imediatamente" no sentido de quatro dias, enquanto no Brasil se interpreta o "sem demora" no sentido de 24 horas. Está cristalina a

incoerência, pois consigna uma garantia aos presos brasileiros, ao menos em texto, um nível de proteção de direitos humanos que a Europa não consegue conceder.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos fizeram referência apenas a prisões em flagrante, como o fez a Resolução 213/2015 do CNJ. Os tratados se referem a qualquer prisão, inclusive as de caráter cível.

4.3.2 Incoerências da própria Resolução 213/2015 do CNJ

4.3.2.1 Art. 1º, §3º

O dispositivo estabelece o seguinte: “No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim”.

Trata-se de questão de competência. Imagine que na Audiência de Custódia se descobre que prenderam a pessoa errada ou que a prisão se deu por interpretação equivocada dos agentes da lei, que acabaram realizando prisão por fato atípico. Como medida da justiça, há que se relaxar imediatamente a prisão. No entanto, um juiz de primeiro grau não poderá relaxar a prisão em processo de competência originária do tribunal. Bastará a tal “designação” do Presidente ou Relator para dar juridicidade a um relaxamento que seja proferido por juiz de primeiro grau?

4.3.2.2 Art. 1º, §4º

O referido dispositivo estabelece: “O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para a apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no *caput*”.

Inicialmente, o CNJ é um órgão administrativo, componente do Judiciário, logo, não possui atribuição legislativa residual. Editar normas acerca de prazos para a realização de atos processuais está descaradamente invadindo competência alheia.

O ato processual em questão é privativo de magistrado, por ser uma audiência. Em síntese, o CNJ regulamentará, por ato complementar à Resolução CNJ 213/2015, competência para a realização por magistrados de audiências de custódia. Ou seja, algo da importância da designação de competência para a realização de ato processual será disciplinado por normativos de juridicidade duvidosa.

4.3.2.3 Art. 4º, parágrafo único

Nos termos desse artigo: “É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia”.

Não há dúvida da boa intenção do dispositivo: conceder ao preso liberdade para denunciar qualquer abuso que lhe tenha sido cometido durante a prisão. Entretanto, cabe alguns esclarecimentos: se apenas o preso se faz presente, apenas a sua versão é veiculada. Não há quem possa desmenti-lo. Dessa forma, não há um mínimo de provas possível para dar segurança ao magistrado decidir se houve ou não abuso de poder.

Mais uma vez, é latente o exagero por parte do CNJ. O fato de estar presente diante do juiz, sendo informado de que poderá fazer denúncias e de que seus captores, também presentes, serão arguidos pelo magistrado, deveria bastar para proporcionar segurança ao preso que deseja apontar um abuso.

Por fim e ainda sobre esse dispositivo, ao exigir que os policiais que efetuaram a prisão não sejam os mesmos que conduzirão o preso à audiência de custódia, a Resolução 213/2015 pressiona as forças policiais a manterem mais efetivo mobilizado. É de conhecimento geral o aperto por que passa o país a respeito de suas receitas e despesas. O efetivo policial, na maior parte do país, é deficitário. Criar mais atribuições a um pessoal que, pelo reduzido efetivo, mal cuida das suas atribuições constitucionais, soa vergonhoso. Portanto, tal dispositivo parece ser mais um daqueles dispositivos que lançam uma exigência sem se preocupar com as consequências da sua efetivação terá.

4.3.2.4 Art. 5º

Dispõe o art. 5º: “Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia”.

Conforme já dito, o CNJ integra a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Tal afirmação já foi solidificada pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no AgRg na MC em MS 28.611, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.10.2010, Plenário, *DJE* de 01.04.2011).

Muito embora o entendimento do STF, tal órgão está estabelecendo dever processual aos delegados de polícia. É indiscutível a gritante inconstitucionalidade que tal dispositivo alcança ao disciplinar, por meio de ato normativo administrativo, atos de comunicação processual. Mais uma vez, a Resolução afronta gravemente a separação dos poderes (art. 2.º do CF/1988) e o princípio da legalidade (art. 5.º, II, CF/1988).

4.4 Dos instrumentos já existentes no Sistema Processual Penal

No que tange à prisão em flagrante, foi pontuado todo o procedimento da sua formalização, ficando evidenciado que após oitiva do Ministério Público, a Autoridade Judicial deve analisar e decidir fundamentadamente sobre a legalidade da prisão. Em conformidade com a legislação nacional, toda exposição fática que ocasionou a prisão em flagrante do cidadão infrator deverá ser descrita no Auto de Prisão em Flagrante, além dos relatos do preso e testemunhas.

A análise do magistrado era resumida ao APDF, tendo que decidir sobre a manutenção da prisão, relaxamento ou concessão de liberdade provisória. O conteúdo do Auto de Prisão confeccionado pela Autoridade Policial sempre foi suficiente para a tomada da descrita decisão judicial.

Em sede policial, são colhidos depoimentos das partes, oportunidade em que o flagranteado será questionado sobre possível ilegalidade durante a prisão. Ocorre que o próprio preso, na delegacia, muitas vezes alega que não foi torturado

pelos policiais que efetuaram a prisão, que não foi destrutado e que não sofreu consequências psicológicas. Nestas situações, que são recorrentes, surge o questionamento quanto à necessidade da realização da audiência, pois, a sua finalidade já teria se esgotado na simples oitiva policial.

Ademais, inúmeros são os instrumentos já existentes no sistema Processual Penal que cumprem o papel da Audiência de Custódia. Tais instrumentos evitam as prisões desnecessárias ou ilegais e demonstram que a obrigatoriedade da Audiência em todas as prisões em flagrante poderá ir de encontro ao Princípio da Celeridade e aumentar a sensação de impunidade mesmo diante da flagrância do delito, uma vez que os instrumentos já existentes são perfeitamente capazes de garantir o relaxamento da prisão eivada de ilegalidade (NUCCI, 2016).

Os instrumentos são: Pedido de relaxamento de prisão e Habeas Corpus.

4.5 Habeas Corpus e relaxamento da prisão ilegal

A finalidade dos institutos *Habeas Corpus* e Audiência de Custódia é basicamente a mesma. No primeiro, será feita uma petição à autoridade imediatamente superior à autoridade coatora exigindo o relaxamento da prisão ilegal. No caso da ilegalidade em sede policial, a autoridade superior será o juiz de primeira instância. No segundo, trata-se de uma audiência que, em regra, também visa evitar ilegalidades na prisão.

Além do *Habeas Corpus*, o ordenamento jurídico conta com o Pedido de Relaxamento de Prisão em flagrante, cabível para as situações de flagrante ilegal. Tal ilegalidade se divide em material e formal. A ilegalidade material ocorre nas situações em que não estão presentes os requisitos autorizadores do flagrante delito. “[...] se manifesta antes mesmo da lavratura do auto de prisão em flagrante.” (MORAES, 2017, p. 26).

Conhecendo a função do *Habeas Corpus* e do Relaxamento de Prisão, percebe-se que a Audiência de Custódia não tem uma finalidade inovadora. Já existem instrumentos capazes de lidar com as ilegalidades, aptos a evitar as injustiças e a banalização das prisões.

Lima (2016) acredita que o contato pessoal do juiz com preso é necessário, pois, não seria preciso interpor nenhuma medida para requerer a liberdade do preso em razão de ilegalidades, o magistrado faria isso na própria audiência.

Contudo, Saninni (2015) defende que em vez de investir em uma audiência com inúmeros gastos, o Estado deveria reforçar a Defensoria Pública e dar efetividade aos instrumentos já existentes.

4.6 A lógica econômica da Audiência de Custódia

Conforme dito, um dos maiores problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro é a questão da superlotação. A ocupação das penitenciárias e presídios além da capacidade inviabiliza completamente a garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa. A superlotação é considerada como causa principal de todos os outros problemas presentes no sistema carcerário.

Dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional apontam que a quantidade de presos em regime fechado é de 362.547, quantidade bastante significativa. Os custos totais do encarceramento são extremamente altos para os cofres públicos em virtude de construção, manutenção e contratação de funcionários para as prisões. Não há dúvidas de que a prisão de um cidadão afeta negativamente o Produto Interno Bruto do país.

Ricardo Lewandowski, enquanto presidente do STF e do CNJ (2016), afirmou no portal do Conselho Nacional de Justiça, que a população carcerária custa mensalmente algo em torno de R\$ 1,5 bilhão para o erário e de acordo com dados também do CNJ (colhidos de fevereiro de 2015 até junho de 2016) com a realização das audiências, o país economizou R\$ 4 bilhões, levando em conta as mais de 45 mil pessoas que não foram recolhidas à prisão e os 68 presídios que deixaram de ser construídos para abrigar a população carcerária que vinha crescendo.

Com base nos dados fornecidos no portal do CNJ, desde o surgimento da Resolução 213 em 2015, até julho de 2020 foram realizadas no país 726.011 Audiências, das quais 40,22% resultaram em liberdade.

Com a realização da Audiência de Custódia, a ideia é que haverá um maior desencarceramento, gerando uma diminuição da demanda por vagas prisionais. Siqueira (2016), a verdadeira finalidade da Audiência de Custódia é a tendência a

diminuir as prisões cautelares, a população carcerária e, obviamente, os gastos do Estado. O referido autor conclui que as audiências, ao menos no mundo das ideias, fazem sentido econômico, restando saber se elas serão ou não eficazes de forma exponencial.

Por outro lado, há de se considerar que a realização da Audiência também gera gastos que, por óbvio, são maiores do que no sistema anterior ao das audiências, em que só os autos eram encaminhados ao magistrado. Além do deslocamento do indiciado à audiência, o custo é a soma das horas do Juiz, do Promotor, do Defensor Público, do Serventuário, horas da escolta, estrutura para a audiência etc.

Apesar de a esfera econômica ser independente da jurídica, elas devem ser harmônicas. Assim, a justificativa da não realização da audiência em razão dos inúmeros gastos estaria considerando apenas o lado econômico, ignorando o jurídico.

Siqueira (2016), ainda que a audiência seja cara para o Estado, caso a implantação por motivos jurídicos seja indispensável e urgente, é mais benéfico custeá-la e garantir tais motivos. Afinal, nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos.

Lado outro, justificar a criação das audiências por fatores meramente econômicos também não é suficiente. Resta saber se os fatores jurídicos provenientes da audiência são de fato urgentes. Aparentemente não há nenhuma urgência jurídica, principalmente porque a audiência de custódia já era prevista no Pacto San José da Costa Rica, desde 1992, quando ratificado pelo Brasil, e apenas a partir de 2015 iniciou-se a implantação da audiência na prática.

Antes da implantação da Audiência, a leitura do APFD era suficiente para a decisão e tudo estava absolutamente correto e dentro dos preceitos constitucionais. No entanto, em 2015 (23 anos após ratificação do Pacto de São José da Costa Rica) surgiu a necessidade de reanálise do modelo de encaminhamento do auto de prisão, sendo necessário o contato pessoal entre juiz e preso. Algo bastante polêmico, principalmente porque a audiência surgiu exatamente nos tempos da superlotação do sistema carcerário e da crise financeira nacional.

Nucci (2016) acredita que a exigência do contato pessoal com justificativa de garantia da legalidade é apenas pretexto para evitar a prisão preventiva e o acúmulo de presos nos estabelecimentos prisionais.

[...] surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva (NUCCI, 2016, p. 1120).

A introdução da Audiência de Custódia não foi imposta aos tribunais brasileiros pelo CNJ apenas com o fundamento de garantir os direitos fundamentais dos presos, ela possui um caráter totalmente econômico. Somente com a aplicação desse instituto a economia gerada nos cofres públicos brasileiros chega a cerca de 22 bilhões anualmente.

4.7 Autoridade Policial e o peso do Auto de Prisão

O Princípio da Legalidade é o norteador do Direito de Punir do Estado. Todas as infrações penais carecem de investigação para que aos transgressores sejam impostas sanções legais. É onde entra a figura do Delegado de Polícia, responsável pelas funções de polícia judiciária.

De acordo com Saninni (2015, p. 134), a Autoridade Policial realiza inúmeras funções que, em regra, são judiciais: homologação ou não da prisão em flagrante, concessão de liberdade provisória com fiança, expedição de mandado de condução coercitiva.

Após a captura em flagrante, geralmente realizada por policiais militares, o capturado é conduzido à presença do Delegado, o qual será o filtro de toda a prisão. O Delegado além de ouvir o preso, fará uma análise de sua integridade física, e eventuais lesões serão checadas pela perícia técnica a fim de atestar a origem delas.

A Autoridade Policial analisará a legalidade da captura em flagrante e verificará se de fato existe o estado de flagrância. Não havendo, não estará obrigado a formalizar a prisão em flagrante e tem autonomia para liberar o conduzido, caso entenda que não há motivos para a prisão.

O Delegado Para Nucci (2016, p. 1121) “[...] é um bacharel em ciências jurídicas, presta concurso de provas e títulos e assume o seu cargo, justamente para controlar as prisões feitas pela Polícia Militar”.

Por ser o Delegado um Operador do Direito com toda a capacitação exigida por lei, por que o APFD não seria suficiente para a tomada da decisão do magistrado quanto à legalidade da prisão? De acordo com Nucci (2016) a polícia não tem intenção

de esconder o preso ou de omitir qualquer informação, razão pela qual o auto de prisão sempre foi suficiente.

Em uma primeira análise a Audiência é exitosa, pois, estatísticas demonstram que mais presos foram soltos a partir da Audiência. Contudo, surgem os questionamentos: antes da audiência o juiz não lia o APFD e já decretava a preventiva? O juiz estaria compelido a soltar o máximo possível? Ou o juiz no contato pessoal solta por motivo de comoção?

É possível sim analisar todos os critérios da legalidade a partir do Auto de Prisão em Flagrante confeccionado pelo Delegado. Alegar o contrário seria uma afronta aos juízes, promotores e advogados.

Trata-se, com a devida vênia, de uma agressão indevida contra todos os juízes que leem autos de prisão em flagrante todos os dias e prendem ou soltam os indiciados. Trata-se de uma agressão velada aos membros do Ministério Público, que leem ilegalidades e não tomariam providência; seria preciso ver o réu para a ilegalidade saltar-lhes à frente. Trata-se de uma agressão camuflada à classe dos advogados, que não conseguiriam expor aos juízes, por petição, os argumentos para soltar o preso (NUCCI, 2016, p.1121).

Além da eficácia do APFD, Saninni (2015), acredita que o Delegado também estaria apto para realizar as audiências de custódia, pois, conforme dito alhures, a Autoridade Policial possui inúmeras funções judiciais, posto que a exigência dos Tratados Internacionais é que o preso seja encaminhado à presença do magistrado ou outra autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais.

Percebe-se que a Autoridade Policial, sem dúvidas, é legitimada a exercer algumas funções judiciais. É uma autoridade com fé pública e imparcialidade com o dever de alcançar a verdade ou aquilo que esteja mais próximo da verdade com base nas investigações. É uma autoridade totalmente capacitada para a realização da Audiência quanto para a confecção de um APFD eficiente que dispensaria a realização dela.

4.8 A Estrutura do Poder Judiciário nas Comarcas do Interior

O Estado de Minas Gerais, nas cidades onde já se executam as Audiências, foi responsável por 51.334 das audiências realizadas no Brasil. Algumas cidades mineiras já realizam a audiência de custódia, dentre elas Belo Horizonte, Governador

Valadares, Contagem, Ribeirão das Neves, Uberlândia e Uberaba. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS). Nas cidades de pequeno porte, o procedimento está sendo implementado gradativamente.

Dentre as cidades do interior de Minas, tomemos como exemplo a cidade de Paracatu – MG. A Comarca de Paracatu, de acordo com dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, atualizado em 01 de novembro de 2017, conta com 4 juízes de Direito, dos quais apenas um é responsável pela Vara Criminal.

O índice de criminalidade na referida cidade é bastante alto, assim como a quantidade de capturas em flagrante delito executadas pela Polícia Militar. Apenas para deduzir a quantidade de capturas em flagrante ratificadas pelo Delegado de Polícia, das quais seriam realizadas Audiências de Custódia, abaixo está uma tabela demonstrando as capturas realizadas no início do ano de 2016 até 08 de novembro de 2017, apenas dos seguintes crimes violentos: Homicídio, Tráfico Ilícito de Drogas e Roubo.

Capturas em flagrante delito em Paracatu – 2016/2017

| 2016 | JAN | FEV | MAR | ABR | MAI | JUN | JUL | AGO | SET | OUT | NOV | DEZ | TOTAL |
|-------------------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-------|
| HOMICÍDIO | 2 | 2 | | | | 1 | | 2 | 2 | 8 | 1 | 5 | 23 |
| TRÁFICO DE DROGAS | 12 | 4 | 9 | 11 | 16 | 9 | 6 | 26 | 11 | 11 | 11 | 9 | 136 |
| ROUBO | 3 | 17 | 10 | 16 | 11 | 5 | 14 | 10 | 10 | 17 | 13 | 26 | 152 |
| TOTAL | 17 | 23 | 19 | 27 | 27 | 15 | 20 | 28 | 23 | 36 | 25 | 40 | 310 |
| 2017 | JAN | FEV | MAR | ABR | MAI | JUN | JUL | AGO | SET | OUT | NOV | DEZ | TOTAL |
| HOMICÍDIO | 5 | 1 | 4 | | 2 | 1 | 3 | 3 | 3 | 4 | 1 | | 27 |
| TRÁFICO DE DROGAS | 18 | 15 | 15 | 15 | 15 | 2 | 13 | 14 | 12 | 15 | 5 | | 139 |
| ROUBO | 12 | 14 | 17 | 14 | 20 | 17 | 19 | 19 | 17 | 15 | 14 | | 178 |
| TOTAL | 35 | 30 | 36 | 29 | 37 | 20 | 35 | 36 | 32 | 34 | 20 | | 344 |

Fonte: Seção de Planejamento Operacional do 45º Batalhão de Polícia Militar, Paracatu-MG.

Desprende-se da tabela que em 2016 ocorreram aproximadamente 310 capturas em flagrante delito em virtude dos crimes descritos. Até 8 de novembro de 2017, aproximadamente 344. Todos os crimes acima possuem pena superior a dois anos e o APFD deve ser confeccionado. Caso a Audiência de Apresentação já tivesse sido implantada em Paracatu nessa época, aproximadamente 654 audiências teriam

sido realizadas. Salienta-se que havia apenas um juiz na Vara Criminal da Comarca da cidade, e possivelmente todas as audiências seriam presididas por ele.

Um número bastante alto de audiências para um efetivo de juízes absolutamente pequeno. Assim, importante expor o questionamento de Nucci (2016, p.1122) “[...] há estrutura suficiente neste imenso Brasil para aparelharmos todas as Comarcas para esse contato? Façamos e veremos que o índice de prisão continuará o mesmo”.

O ideal seria que aumentassem o número de juízes, que a estrutura do Poder Judiciário nas cidades do interior comportasse as Audiências. Infelizmente, ainda não é essa a realidade, mas independente disso, a Audiência vem sendo implantada, gradativamente, sob argumento de que é um direito fundamental do preso. Tal argumento é contestado por Nucci (2016, p. 1.121).

[...] se é um direito humano fundamental que, segundo alguns, está sendo descumprido desde 1992, não pode ser implantado aos poucos. Ou é direito fundamental ou não é. Ou se tem ampla defesa ou não se tem. É preciso, adotar a audiência de custódia, como forma procedimental legal, para o controle da prisão cautelar, que seja efetivamente implantada em todo o Brasil de imediato.

Em razão da estrutura do Poder Judiciário, de acordo com o que assevera Saninni (2015), uma possível solução para tal problematização é autorizar o Delegado de Polícia a realizar a audiência nos casos mais simples, onde na própria oitiva, em sede policial, o preso diz não ter sido agredido pelos policiais.

4.9 Vantagens e Desvantagens da Audiência de Custódia

Importante destacar que o tema Audiência de Custódia foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade através da ADI 5240, a qual foi julgada improcedente pela Suprema Corte. De acordo com o STF, há legislação federal legitimando a audiência de apresentação e o CNJ apenas regulamentou a audiência, não interferindo na competência legislativa da União de legislar sobre matéria processual penal, restando, portanto, constitucional.

Ainda assim, o referido tema ainda é bastante discutido e não há como negar que existem tanto os pontos positivos quanto os negativos. Na perspectiva de Lima (2016) com a Audiência o juiz não ficará restrito ao posicionamento do Delegado

de Polícia e do Ministério Público. Poderá o magistrado ter uma real noção da situação do preso em decorrência da prisão.

Neste mesmo posicionamento, Lopes Junior e Paiva (2015) acreditam que são inúmeras as vantagens da Audiência, além de se fazer cumprir Tratados Internacionais, segundo os autores, será quebrada a fronteira do papel e o juiz estará apto a julgar de forma mais justa, e a população carcerária terá uma diminuição significativa.

Prudente (2015) também visualiza vantagens na Audiência. Para este autor, além de garantir direitos constitucionais ao preso, tal procedimento propiciará uma análise mais detalhada da prisão, na qual o magistrado poderá verificar ilegalidades que eventualmente evitarão a movimentação da máquina judiciária com ações penais.

Em oposição àqueles que têm a Audiência como algo positivo, outros doutrinadores acreditam que a Audiência é algo inócuo no Processo Penal, com finalidade amplamente econômica. Os defensores da Audiência asseguram que o preso deve ser encaminhado ao juiz para garantia de direito fundamental, mas de acordo com Nucci (2016, p. 1120):

Por trás dessa questão, no entanto, sabe-se haver a velha política criminal para “dar um jeito” na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva.

Na mesma linha, Saninni (2015) defende que em virtude da estrutura do poder judiciário, o Delegado de Polícia está apto a realizar a Audiência de Custódia em determinados casos, visto que é uma autoridade imparcial e a ela compete exercer funções judiciais.

Moraes (2017) acredita que em razão da atual estrutura do Poder Judiciário, principalmente nas Comarcas do interior, o prazo de 24 horas para apresentação do preso causará diversos transtornos.

Assim, será mais uma alternativa para que a defesa dos réus solicite relaxamento de prisão por não cumprimento do prazo previsto em lei. Do mesmo modo, para Oliveira (2014), é nítido aos operadores do direito que diante da carência de juízes, membros do Ministério Público e de Defensores Públicos a realização da

Audiência será inviabilizada, o que acarretará no descumprimento do prazo e, evidentemente, na ilegalidade da prisão em flagrante.

Goulart (2015) entende que a implantação da Audiência de Apresentação é algo para inglês ver, servindo apenas para demonstrar que assim como em outros países, no Brasil o juiz também faz contato pessoal com o preso. Acontece que no Brasil o juiz está limitado a questionar o preso apenas sobre como se deu a sua prisão. Nos outros países, o interrogatório é sobre fatos imputados ao preso. Para o autor, o procedimento da audiência torna o ordenamento ainda mais burocrático e disfuncional.

Por fim, nota-se a doutrina se divide em relação a eficácia da Audiência. Não há como negar que é preciso levar em consideração a estrutura do Poder Judiciário e as inúmeras atribuições dos magistrados. Contudo, sem que haja revogação ou sustação dos efeitos da Resolução 213 do CNJ, em cumprimento ao Princípio da Legalidade, considerando inócua ou não, a Audiência deverá ser implantada, mesmo que gradativamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Audiência de Custódia, conforme exposto na pesquisa, é uma sessão judicial que deverá ser realizada em decorrência das prisões em flagrante. Toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, será obrigatoriamente apresentada até o limite de 24 horas da efetivação do flagrante ao juiz competente, oportunidade em que será ouvida sobre como se deu a prisão.

O Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, desde 1992. Nos referidos Pactos há previsão da Audiência, mas está só começou a ser realizada após surgimento da Resolução 213 do CNJ, criada em 2015 exatamente para dar efetividade ao que já era previsto. Tal procedimento vem, gradativamente, sendo implantado no processo penal brasileiro e tem como objetivo evitar a prisão eivada de ilegalidades, visando à diminuição das prisões provisórias e, conseqüentemente, a quantidade de presos nos estabelecimentos prisionais.

Na seara da constitucionalidade, a audiência de custódia já estava prevista no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica, que foram incorporados ao sistema jurídico brasileiro através dos decretos nº 592 e 678, ambos de 1992. Tais normas possuem status normativo supralegal, assim considerado pelo STF na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5240, que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à Audiência de Custódia. O STF também entendeu que não há ofensa à reserva legal ou norma constitucional. Extrai-se da referida ADI que os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, pois há legislação federal legitimando a audiência.

Ademais, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrimes) do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, supriu-se a questão da Reserva Legal e da competência legislativa, pois tal lei inseriu no Código de Processo Penal e, mais uma vez, regulamentou a audiência de custódia.

A realização da Audiência em todas as prisões em flagrante encontrará grandes dificuldades em razão da atual estrutura do Poder Judiciário. Afirma Moraes (2017) que a principal delas será o cumprimento do prazo de 24 horas, principalmente nas cidades do interior onde há uma alta criminalidade e pouco efetivo de juízes.

Não justifica restringir a liberdade de alguém sem que lhe sejam assegurados os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. A banalização da Prisão Provisória fere diretamente o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Contudo, colocar em risco a segurança pública da coletividade com o propósito de reduzir a população carcerária e os gastos do Estado é algo repugnante.

O APFD foi e sempre será suficiente para o magistrado analisar a legalidade das prisões em flagrante. De acordo com Nucci (2016) a Audiência de Custódia é estratégia do Estado. Tem o pretexto de garantia de Direito Fundamental, mas objetiva cortar gastos.

Sabe-se das inúmeras atribuições dos magistrados e da necessidade do trabalho deles em prol de todos. Não há razão para ocupar o tempo de um juiz que poderia estar analisando e sentenciando demandas urgentes da população com a realização de uma audiência que é infrutífera na esfera jurídica.

Embora feita uma comparação no cenário internacional na qual foi possível perceber que vários países realizam a Audiência de Custódia, há de se considerar a criminalidade, a estrutura educacional, cultural e econômica de cada país. A Audiência no Brasil é uma verdadeira inversão de valores, pois, enquanto a educação, a saúde e a segurança (pilares de toda sociedade) carecem de atenção estatal, a preocupação tem sido poupar gastos para financiar a corrupção.

Não há de se falar em transgressão aos direitos do preso por não se realizar a Audiência de Custódia. Sendo encaminhado o APFD ao juiz em tempo legal, ele terá totais condições para analisar a legalidade da prisão e decidir. Afinal, a Audiência de Custódia é basicamente uma repetição do trabalho realizado pela Autoridade Policial.

Além da formalização do Flagrante pela Autoridade Policial ser suficiente para averiguar as possíveis ilegalidades durante a prisão do flagranteado, já existem mecanismos contra o abuso de poder que restringe o direito de locomoção do cidadão: o Habeas Corpus e o Pedido Relaxamento de Prisão. Diante disso, percebe-se que a Audiência de Custódia não tem conteúdo inovador. Dessa forma, conforme assevera Saninni (2015) em vez de investir em uma audiência com inúmeros gastos, o Estado deveria reforçar a Defensoria Pública e dar efetividade aos mecanismos já existentes.

Por fim, considerando as dificuldades de cada localidade, resta saber se será possível ou não realizar a audiência em todas as comarcas do país. A doutrina está dividida. Alguns doutrinadores entendem que a realização da audiência é algo imprescindível para garantia de direitos fundamentais do preso e outros acreditam que

a simples remessa do APFD ao juiz, como tem sido feito desde 1992, já é capaz de garantir tais direitos.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mario Fonseca. AIFLEN, Pabro Rodrigo. **Audiência de Custódia: Da boa intenção à boa Técnica**. Porto Alegre. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 01 de julho de 2020.

_____. **Pacto de São José da Costa Rica**: 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 01 de julho 2020.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**: 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 01 de julho de 2020.

CNJ. **Resolução nº 213: procedimentos da audiência de custódia**. Min. (a) Ricardo Lewandowski. Publicada em 15/12/15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucaopenal/cidadania-nos-presidios>> Acesso em: 01 de julho de 2020.

CNJ. **Estatísticas sobre Audiência de Custódia Nacional**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucaopenal/cidadania-nos-presidios>> Acesso em: 01 de julho de 2020.

DEPEN. **Presos em unidades prisionais no Brasil**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/viewr=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThiMSJ9>> Acesso em: 01 de julho de 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**. São Paulo. 2013.

LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Salvador: juspodivm, 2015.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo. 2010.

MORAES, Geovane. **Prática Penal**. Recife. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Audiência de custódia – A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADI 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da resolução CNJ 213 de 15.** Publicado em: 15/02/2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.970.09.PDF> Acesso em: 01 de julho de 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 4. ed. Salvador: juspodivm, 2016.

TJMG. **Audiências.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos/audiencias/#.Xxjx4mpKjIV>> Acesso em: 01 de julho de 2020.